

PENSER LE DROIT

LE SENS DES LOIS

Histoire de l'interprétation  
et de la raison juridique

PAR

BENOÎT FRYDMAN

**BRUYLANT**  
BRUXELLES

**L·G·D·J**  
PARIS

2005

## TABLE DES MATIÈRES

	PAGES
Parus dans la même collection.....	6
Remerciements .....	11
Sommaire.....	13
L'interprétation dans l'histoire de la raison .....	15
1. <i>La « crise » contemporaine de l'interprétation.</i> .....	15
2. <i>Une histoire mouvementée entre l'autorité et la raison.</i> .....	18
3. <i>Un mode de connaissance interdisciplinaire.</i> .....	21
4. <i>Délimitation du champ d'investigation.</i> .....	24
5. <i>Théorie et pratique.</i> .....	28
6. <i>La notion de modèle d'interprétation.</i> .....	29
7. <i>Sources d'inspiration.</i> .....	32
8. <i>Plan de l'ouvrage.</i> .....	34

### PREMIÈRE PARTIE

#### La dialectique des Anciens

CHAPITRE I. Le modèle rhétorique : l'interprétation dans le prisme de la contradiction.....	39
I. – DROIT ET RHÉTORIQUE .....	39
9. <i>Position du problème.</i> .....	39
10. <i>Science et prudence dans l'application des lois.</i> .....	40
11. <i>La formation juridique de l'orateur. – Le De Oratore de Cicéron.</i> ....	42
12. <i>Le jurisconsulte et l'orateur.</i> .....	44
13. <i>Le domaine partagé de l'interprétation.</i> .....	46
14. <i>La rhétorique et les formes judiciaires.</i> .....	47
15. <i>La taxinomie rhétorique.</i> .....	49
16. <i>La quaestio. – Définition et genres.</i> .....	50
17. <i>Les états de cause judiciaires.</i> .....	51
18. <i>Questions légales et questions rationnelles.</i> .....	52
II. – LES LIEUX DE L'INTERPRÉTATION .....	55
19. <i>La topique interprétative.</i> .....	55

	PAGES
20. <i>L'ambiguïté ou amphibolie</i> .....	58
21. <i>La lettre et l'esprit. – Sens et usage des termes</i> .....	59
22. <i>Inventaire des lieux en faveur de la lettre</i> .....	61
23. <i>Inventaire des lieux en faveur de l'esprit. – Comparaison avec « l'intention du législateur »</i> .....	63
24. <i>Les antinomies ou lois contraires</i> .....	65
25. <i>Le syllogisme ou ratiocination</i> .....	67
26. <i>Le point de fuite de l'argumentation : le juste, l'honnête et l'utile</i> .....	69
27. <i>Synthèse du modèle rhétorique de l'interprétation</i> .....	70
28. <i>Réception du modèle rhétorique. – Du Code justinien aux Modernes</i> ..	71
29. <i>Un statut non spécifique de l'herméneutique. – Transition</i> .....	73
<b>CHAPITRE II. Le modèle biblique : les ressources inépuisables du texte parfait</b> .....	<b>75</b>
<b>I. – LE RAPPORT AU TEXTE</b> .....	<b>75</b>
30. <i>Le texte parfait</i> .....	75
31. <i>Loi écrite et loi orale</i> .....	77
32. <i>Le Talmud</i> .....	78
33. <i>La structure logique du commentaire</i> .....	79
34. <i>La lecture inépuisable</i> .....	82
<b>II. – NIVEAUX ET TECHNIQUES D'INTERPRÉTATION</b> .....	<b>84</b>
35. <i>Les quatre niveaux de lecture</i> .....	84
36. <i>La transcendance du texte</i> .....	86
37. <i>Les règles d'Hillel et d'Ishmaël</i> .....	88
38. <i>Statut et portée des techniques d'interprétation</i> .....	95
39. <i>Le poids prépondérant de l'argument de texte</i> .....	96
40. <i>Comparaison avec les techniques rhétoriques</i> .....	98
<b>III. – LA DISCUSSION DES SIGNIFICATIONS</b> .....	<b>99</b>
41. <i>La préférence pour le concret</i> .....	99
42. <i>Le parcours indéfini des signes et des cas</i> .....	101
43. <i>Le dialogue nécessaire</i> .....	103
44. <i>L'objection et le doute</i> .....	105
45. <i>L'argument d'autorité et la règle de la majorité. – La aggada du four d'Ochnaï</i> .....	106
46. <i>Le garant de l'unité. – Dieu, le texte et la communauté</i> .....	110
47. <i>Synthèse du modèle talmudique</i> .....	112

	PAGES
<b>CHAPITRE III. Le modèle patristique : De la lettre à l'esprit. . . . .</b>	<b>114</b>
48. <i>Héritage biblique et culture classique. . . . .</i>	114
49. <i>Un enjeu juridique méconnu. . . . .</i>	115
50. <i>La double polémique de la réception chrétienne des Écritures. – Position ambiguë de Jésus. – Formule de Paul. – Comparaison avec l'interprétation talmudique. . . . .</i>	116
51. <i>Origène. – Le Traité des principes. . . . .</i>	119
52. <i>Augustin. – La Doctrine chrétienne. . . . .</i>	120
53. <i>Inspiration divine des Écritures. . . . .</i>	122
54. <i>Supériorité sur la science païenne. . . . .</i>	124
55. <i>Du bon usage de l'outil rhétorique. – « Les dépouilles des Égyptiens ». . . . .</i>	125
56. <i>Dévaluation du sens littéral. – Désinvolture à l'égard du sens original et de l'intention du rédacteur. . . . .</i>	127
57. <i>Sens apparent et sens caché. – « Les perles aux pourceaux ». . . . .</i>	129
58. <i>D'une distinction juridique à une distinction littéraire. – Sens propre et sens figuré. . . . .</i>	132
59. <i>Le déclenchement de l'interprétation. – Les « pierres d'achoppement ». . . . .</i>	133
60. <i>Les techniques d'interprétation. – Tropes et figures. – L'allégorie. . . . .</i>	135
61. <i>Une technique complémentaire. – Les rapprochements intertextuels. . . . .</i>	137
62. <i>Hierarchie des sens et dualisme chrétien. . . . .</i>	138
63. <i>Pluralité maîtrisée des significations. – Doctrine des trois sens. – Doctrine des quatre sens. . . . .</i>	140
64. <i>Une stratégie finaliste. – L'interprétation téléologique. – Le principe de charité. . . . .</i>	143
65. <i>Une conception instrumentale du texte. – L'Écriture, un moyen en vue du salut. . . . .</i>	145
66. <i>Fonction probatoire et apologétique de l'interprétation. – Un modèle dogmatique. . . . .</i>	146
67. <i>L'autorité de l'Église. . . . .</i>	148
68. <i>Synthèse du modèle patristique. . . . .</i>	149
69. <i>Emprunts et conversions des modèles biblique et rhétorique. – Le coût juridique et épistémologique de l'opération. . . . .</i>	151
<b>CHAPITRE IV. Le modèle scolastique : la conciliation des autorités . . .</b>	<b>153</b>
70. <i>Le « degré zéro » de l'interprétation. – Lecture et copie des manuscrits. – Les compilations. . . . .</i>	153
71. <i>Renouveau de la science ancienne et religions du Livre. – Le problème scolastique. . . . .</i>	154
<b>I. – L'INTERPRÉTATION CONCILIANTE DE LA LOI ET DE LA RAISON SELON AVERROËS, MAÏMONIDE ET THOMAS D'AQUIN . . . . .</b>	<b>157</b>

	PAGES
72. <i>Le Discours décisif d'Averroès.</i> . . . . .	157
73. <i>Parallèle entre la philosophie et le droit. — Analogie de leurs méthodes.</i> . . . . .	158
74. <i>L'interprétation conciliante du texte et de la raison.</i> . . . . .	160
75. <i>Conséquences politiques de la doctrine du double sens.</i> . . . . .	163
76. <i>Maïmonide. — Une œuvre à la croisée des chemins.</i> . . . . .	164
77. <i>Du commentaire à la codification. — L'élimination progressive de la controverse dans l'œuvre juridique de Maïmonide.</i> . . . . .	165
78. <i>Droit et philosophie. — Deux ordres de connaissance différents.</i> . . . . .	166
79. <i>Les sept causes de la contradiction.</i> . . . . .	168
80. <i>La doctrine du double sens. — « Des pommes d'or dans un filet d'argent ».</i> . . . . .	170
81. <i>L'interprétation conciliante et ses limites. — Le texte comme au-delà de la raison spéculative. — La controverse sur la création du monde.</i> . . . . .	172
82. <i>Solution de la controverse. — Les raisons du choix et les clés de la méthode.</i> . . . . .	174
83. <i>Synthèse des théories d'Averroès et de Maïmonide sur l'interprétation conciliante.</i> . . . . .	176
84. <i>Limites de ces théories. — Comparaison avec le modèle patristique.</i> . . . . .	178
85. <i>D'Averroès et Maïmonide à Thomas d'Aquin. — Le problème scolastique en Occident chrétien et la théologie rationnelle.</i> . . . . .	179
86. <i>Conséquences juridiques du compromis scolastique. — Loi divine et loi naturelle. — Le renouveau du droit.</i> . . . . .	181
87. <i>Position de Thomas sur l'interprétation. — La structure dialectique de la Somme.</i> . . . . .	183
II. — UN MODÈLE JURIDIQUE DE SYNTHÈSE : LA QUESTION DISPUTÉE . . . . .	185
88. <i>La culture scolastique et la création des Universités. — L'organisation des études. — Cours ex cathedra et exercices pratiques. — Lectures, questions et disputes.</i> . . . . .	185
89. <i>Définition et fonctions de la quaestio disputata.</i> . . . . .	187
90. <i>Origine de la quaestio. — Controverses.</i> . . . . .	189
91. <i>Originalité de la quaestio. — Son champ d'application interdisciplinaire. — L'apport méthodologique des juristes.</i> . . . . .	192
92. <i>Structure de la quaestio disputata des juristes.</i> . . . . .	193
93. <i>Contenu de la discussion. — Nature des arguments soulevés.</i> . . . . .	196
94. <i>Le statut de l'autorité.</i> . . . . .	198
95. <i>Comparaison avec l'auteur moderne.</i> . . . . .	199
96. <i>La confrontation des autorités. — Leur réconciliation à l'aide de la raison. — Principe.</i> . . . . .	202
97. <i>La détermination magistrale.</i> . . . . .	202
98. <i>Les techniques d'interprétation conciliante. — La quaestio legitima des civilistes.</i> . . . . .	204

	PAGES
99. <i>Les techniques d'interprétation conciliante des canonistes et des théologiens.</i> . . . . .	206
100. <i>Analyse et comparaison des techniques d'interprétation conciliante.</i> . .	209
101. <i>Rayonnement du raisonnement <i>more juridico</i> sur l'ensemble de la culture universitaire et savante. – Diffusion à l'extérieur de l'Université, notamment dans la pratique judiciaire.</i> . . . . .	210
102. <i>La détermination magistrale, ancêtre de la motivation judiciaire?</i> . . .	212
103. <i>Synthèse du modèle scolastique.</i> . . . . .	214
<b>Conclusions sur la dialectique des Anciens :</b> . . . . .	216
104. <i>Comparaison synoptique des modèles.</i> . . . . .	216
105. <i>Comparaison dynamique des modèles.</i> . . . . .	218
106. <i>L'apport juridique des modèles anciens et la structure du procès contemporain.</i> . . . . .	219

## DEUXIÈME PARTIE

### La science des Modernes

<b>CHAPITRE V. Le modèle géométrique : Le divorce de l'autorité et de la raison.</b> . . . . .	225
107. <i>Plan des développements du chapitre.</i> . . . . .	225
<b>I. – LA RÉVOLUTION SCIENTIFIQUE ET LES RÈGLES DE LA MÉTHODE</b> . . . . .	226
108. <i>Le déclin de la scolastique. – Le retour aux textes des humanistes. – Sola scriptura.</i> . . . . .	226
109. <i>La science nouvelle et l'exemple de Galilée.</i> . . . . .	227
110. <i>Un nouveau point d'Archimède. – Le sujet pensant.</i> . . . . .	229
111. <i>L'évidence, nouveau critère de la vérité certaine. – Les idées claires et distinctes.</i> . . . . .	231
112. <i>La méthode des géomètres. – Deux variantes. – Le système et l'ordre.</i> . .	233
113. <i>Les conséquences de la révolution scientifique sur la science du droit.</i> .	235
<b>II. – LE SYSTÈME DU DROIT NATUREL</b> . . . . .	236
114. <i>Le droit naturel moderne. – Un projet méthodologique.</i> . . . . .	236
115. <i>L'émancipation de la raison spéculative.</i> . . . . .	239
116. <i>Une œuvre de transition. – Grotius. – De jure predae commentarius.</i> .	240
117. <i>Les systèmes de droit naturel. – Le modèle euclidien. – Portée.</i> . . . . .	244
118. <i>La définition première du droit et de la justice.</i> . . . . .	246
119. <i>Des principes au système. – L'enchaînement des syllogismes.</i> . . . . .	249
<b>III. – LA REDÉFINITION DU STATUT DE L'AUTORITÉ</b> . . . . .	250

	PAGES
120. <i>La dévaluation des autorités. – Perte de leur statut scientifique.</i> . . . . .	250
121. <i>Le nouveau statut politique de l'autorité.</i> . . . . .	252
122. <i>Tempérament à l'exclusion scientifique des autorités. – Leur fonction résiduaire chez les jurisconsultes. – Confirmation et témoignage. – Valeur probante.</i> . . . . .	254
123. <i>Droit naturel et droit positif. – Origine méthodologique et conséquences de la summa divisio.</i> . . . . .	256
IV. – LA MISE EN ORDRE DU DROIT POSITIF . . . . .	258
124. <i>Le nouveau paradigme de la science du droit. – La mise en ordre du droit positif. – Projet et méthode.</i> . . . . .	258
125. <i>Objectifs théoriques et pratiques de la mise en ordre. – La simplification de l'apprentissage du droit.</i> . . . . .	260
126. <i>Des textes aux règles.</i> . . . . .	261
127. <i>L'exemple du droit romain.</i> . . . . .	263
128. <i>Propriétés idéales du système juridique. – Univocité, cohérence et complétude.</i> . . . . .	265
129. <i>Nouveau programme, nouvelles difficultés. – Le problème des exceptions.</i> . . . . .	268
130. <i>Le statut de la contradiction et le problème des antinomies.</i> . . . . .	270
131. <i>Le problème des lacunes.</i> . . . . .	271
V. – LA LOGIQUE DE L'APPLICATION DES RÈGLES ET LE SYLLOGISME JUDICIAIRE	272
132. <i>Le trouble des procès et la confusion des plaidoiries.</i> . . . . .	272
133. <i>La jurisprudence rationnelle. – Le tableau des cas selon Leibniz.</i> . . . .	274
134. <i>Le traité Des délits et des peines de Beccaria. – La formule du syllogisme judiciaire.</i> . . . . .	277
135. <i>L'appareil normatif du syllogisme judiciaire. – Analyse et conséquences.</i> . . . . .	279
136. <i>De l'esprit des lois à l'esprit du juge.</i> . . . . .	282
137. <i>Le renversement des rapports de la lettre et de l'esprit. – Conséquences quant aux pouvoirs des juges.</i> . . . . .	283
138. <i>Une nouvelle logique du sens.</i> . . . . .	286
139. <i>Solution en cas d'insuffisance de la lettre. – Le référé au législatif et l'interprétation authentique.</i> . . . . .	287
140. <i>L'interprétation judiciaire, parent pauvre de la raison juridique moderne. – Un statut résiduaire.</i> . . . . .	289
141. <i>A la recherche d'une nouvelle méthode d'interprétation. – Un concept paradoxal. – Les tentatives confuses de Domat et Leibniz. – Autres pistes plus prometteuses.</i> . . . . .	290
142. <i>Synthèse du modèle géométrique. – Bilan d'une révolution scientifique.</i>	292

	PAGES
VI. – L'INTERPRÉTATION DES CONVENTIONS DANS LES TRAITÉS DE DROIT NATUREL . . . . .	295
143. <i>Statut de l'interprétation dans les systèmes de droit naturel.</i> . . . . .	295
144. <i>Loi, convention et langage.</i> . . . . .	296
145. <i>La définition moderne de l'interprétation. – La volonté et les règles.</i> . .	299
146. <i>Volonté du promettant ou volonté de l'acceptant?</i> . . . . .	300
147. <i>Paroles et conjectures. – Généralités.</i> . . . . .	301
148. <i>Sens des paroles. – Doctrine de l'acte clair.</i> . . . . .	302
149. <i>Paroles et conjectures. – Cas de figure.</i> . . . . .	304
150. <i>Types de conjectures.</i> . . . . .	305
151. <i>Interprétation extensive et interprétation restrictive. – Choses favorables et choses odieuses.</i> . . . . .	307
152. <i>La lettre et l'esprit. – Droit strict et équité. – Bonne foi. – Des notions oubliées.</i> . . . . .	309
153. <i>L'interprétation extensive.</i> . . . . .	309
154. <i>L'interprétation restrictive.</i> . . . . .	310
155. <i>Collision incidente de lois ou de traités.</i> . . . . .	312
156. <i>Bilan de la théorie justnaturaliste. – La volonté normalisée par la raison. – Une nouvelle forme d'interprétation conciliante?</i> . . . . .	314
CHAPITRE VI. Le modèle philologique : l'interprétation comme science exacte . . . . .	317
I. – L'INVENTION MODERNE DE L'INTERPRÉTATION SCIENTIFIQUE : HOBBS ET SPINOZA . . . . .	317
157. <i>Hobbes et l'interprétation authentique de la loi. – Subordination à la volonté actuelle du souverain.</i> . . . . .	317
158. <i>Un texte problématique. – Enjeux politiques et juridiques de l'interprétation des Écritures.</i> . . . . .	320
159. <i>Dieu est-il l'auteur de la Bible? – Rédaction et compilation des différents livres du Canon.</i> . . . . .	321
160. <i>Solution politique et juridique de l'interprétation des Écritures. – Alignement sur la législation civile.</i> . . . . .	323
161. <i>Le Traité théologico-politique de Spinoza. – L'affirmation de la liberté de conscience et du libre examen.</i> . . . . .	325
162. <i>L'importance stratégique d'une nouvelle méthode scientifique d'interprétation.</i> . . . . .	326
163. <i>Virulente polémique contre l'ancienne herméneutique.</i> . . . . .	328
164. <i>Spinoza contre Maïmonide. – Critique de l'interprétation conciliante.</i> . . . . .	330
165. <i>Distinction entre le « vrai sens » du texte et le « sens vrai ». – Du commentaire à la critique. – Naissance moderne de l'Histoire.</i> . . .	333
166. <i>Principes de la méthode historique.</i> . . . . .	335



	PAGES
167. <i>La critique interne.</i> . . . . .	336
168. <i>La critique externe.</i> . . . . .	338
169. <i>Résultats de la méthode critique appliquée aux Écritures.</i> . . . . .	340
170. <i>Bilan de la stratégie d'interprétation de Spinoza.</i> . . . . .	342
II. – L'ÉCOLE DE L'EXÈGÈSE, L'ÉCOLE HISTORIQUE ET LA PHILOGIE . . . . .	343
171. <i>Aperçu de la réception du modèle philologique au 19<sup>ème</sup> siècle. – Etudes littéraires, philosophiques et juridiques. – Situation en Allemagne, France, Belgique, Grande-Bretagne et États-Unis.</i> . . . . .	343
172. <i>Répudiation du droit naturel et du modèle géométrique. – Causes du déclin. – Insuffisance des explications politiques et historiques.</i> . . . . .	347
173. <i>L'avènement de l'histoire comme principe d'explication.</i> . . . . .	350
174. <i>Conséquences pour la science du droit. – L'École historique et l'École de l'exégèse. – La querelle sur la codification. – Sa portée véritable.</i> . . . . .	352
175. <i>Un nouveau paradigme. – Les sources.</i> . . . . .	355
176. <i>Méthodologie historique et herméneutique des sciences de l'homme.</i> . . . . .	358
177. <i>Un texte authentique et original.</i> . . . . .	360
178. <i>Un sens unique et objectif.</i> . . . . .	365
179. <i>L'intention de l'auteur. – Aspect psychologique. – L'herméneutique art ou science?</i> . . . . .	367
180. <i>L'intention de l'auteur. – Aspect historique.</i> . . . . .	370
181. <i>L'intention de l'auteur chez les juristes.</i> . . . . .	372
182. <i>L'utilisation des articles 1156 à 1164 du Code civil au service de l'intention de l'auteur.</i> . . . . .	373
183. <i>Les deux étapes complémentaires de la compréhension. – Interprétation grammaticale et interprétation technique ou logique.</i> . . . . .	378
184. <i>Éléments et techniques de l'interprétation logique chez les juristes.</i> . . . . .	379
185. <i>Le croisement des interprétations grammaticale et logique. – Équivalence de la lettre et de l'esprit.</i> . . . . .	384
186. <i>Évolution de la notion moderne de sens clair. – Portée réelle de la théorie de l'acte clair.</i> . . . . .	387
187. <i>Le règne de l'auteur et du législateur. – Archéologie d'un concept moderne.</i> . . . . .	390
188. <i>La soumission inconditionnelle à l'autorité de l'auteur.</i> . . . . .	393
189. <i>De l'autorité à la sécurité. – Le déclin de l'interprétation authentique.</i> . . . . .	395
190. <i>Synthèse du modèle philologique.</i> . . . . .	396
191. <i>Insuffisances de l'interprétation philologique. – Relativisation de la controverse sur l'existence et les mérites de l'École de l'exégèse. – Crise endémique de l'interprétation juridique moderne.</i> . . . . .	398
III. – L'ÉCHEC DES RÉACTIONS CONTRE L'EXÈGÈSE AU 19 <sup>ÈME</sup> SIÈCLE : LE CAS DELISLE . . . . .	401

	PAGES
192. <i>Delisle, adversaire de l'Exégèse. — Le Traité de l'interprétation juridique.</i> . . . . .	401
193. <i>Le rejet du droit naturel moderne.</i> . . . . .	403
194. <i>Le refus de l'historicisme. — La science éternelle des juristes.</i> . . . . .	404
195. <i>Une casuistique de l'interprétation.</i> . . . . .	405
196. <i>Le rapport au texte.</i> . . . . .	406
197. <i>Les multiples facettes de l'interprétation littérale.</i> . . . . .	407
198. <i>Le déploiement binaire des significations.</i> . . . . .	411
199. <i>L'interprétation rationnelle. — Le choix selon l'honnête et l'utile.</i> . . . . .	412
200. <i>Les règles subsidiaires de l'interprétation rationnelle.</i> . . . . .	414
201. <i>Synthèse du modèle de Delisle. — Comparaison avec le modèle rhétorique.</i> . . . . .	417
202. <i>Comparaison avec le modèle philologique.</i> . . . . .	418
203. <i>Bilan de la confrontation entre Delisle et l'Exégèse.</i> . . . . .	420
<b>CHAPITRE VII. Les modèles sociologique et économique : Le droit dans la balance des intérêts</b> . . . . .	<b>422</b>
204. <i>Un nouveau projet scientifique.</i> . . . . .	422
<b>I. — LE DROIT ARBITRE DU CONFLIT DES INTÉRÊTS</b> . . . . .	<b>423</b>
205. <i>Émergence du modèle sociologique. — Droit et sciences sociales. — Aperçu général. — Allemagne, France, Belgique, Etats-Unis.</i> . . . . .	423
206. <i>La contestation de l'interprétation philologique et l'herméneutique du soupçon. — Marx, Nietzsche et Freud.</i> . . . . .	427
207. <i>L'insuffisance des textes et de l'interprétation.</i> . . . . .	431
208. <i>Un nouveau champ d'investigation. — La réalité sociale. — De l'histoire à la sociologie comme principe de connaissance.</i> . . . . .	434
209. <i>De la source à l'intérêt comme concept central. — Le champ des forces sociales et le conflit des intérêts.</i> . . . . .	436
210. <i>La réduction de la norme à ses facteurs déterminants. — L'analyse sociologique descriptive ou critique.</i> . . . . .	438
211. <i>La mise en balance des intérêts. — L'utilitarisme de Bentham.</i> . . . . .	441
212. <i>La sociologie normative d'Auguste Comte.</i> . . . . .	443
213. <i>La recherche de l'équilibre. — Le droit, instrument de gestion du social.</i> . . . . .	446
214. <i>Maximisation ou équilibre? — Confrontation de deux variantes de la balance des intérêts.</i> . . . . .	448
215. <i>Opposition et complémentarité des versants critique et constructif du modèle sociologique.</i> . . . . .	450
216. <i>Les principes du positivisme scientifique. — Incohérence et ambiguïté du positivisme juridique.</i> . . . . .	452
217. <i>La balance des intérêts dans la pratique judiciaire.</i> . . . . .	455

	PAGES
218. <i>Le pouvoir des juges et l'autorité de la loi.</i> . . . . .	457
II. — LE STATUT DE L'INTERPRÉTATION SELON L'ÉCOLE DE LA LIBRE RECHERCHE SCIENTIFIQUE . . . . .	460
219. <i>Le problème de l'interprétation dans le modèle sociologique.</i> . . . . .	460
220. <i>Les traités d'interprétation de Géný et Vander Eycken.</i> . . . . .	461
221. <i>Défense et illustration de la méthode philologique.</i> . . . . .	463
222. <i>Critique de la méthode dite « évolutive » ou de « l'assouplissement » des textes.</i> . . . . .	466
223. <i>Le postulat de la plénitude de la loi écrite.</i> . . . . .	469
224. <i>L'abus du formalisme et des constructions logiques.</i> . . . . .	471
225. <i>La méconnaissance de la réalité et des besoins de la vie.</i> . . . . .	472
226. <i>L'histoire de la méthodologie juridique selon Géný.</i> . . . . .	474
227. <i>L'histoire de la méthodologie juridique selon Vander Eycken.</i> . . . . .	475
228. <i>La réévaluation des sources du droit.</i> . . . . .	477
229. <i>La hiérarchie des « éléments d'expression du droit ».</i> . . . . .	480
230. <i>La libre recherche scientifique, antithèse de l'herméneutique. — Géný.</i> . . . . .	482
231. <i>La libre recherche scientifique, antithèse de l'herméneutique (suite). — Vander Eycken.</i> . . . . .	485
232. <i>La juxtaposition des méthodes selon Géný.</i> . . . . .	488
233. <i>L'unité fondamentale de la méthode selon Vander Eycken.</i> . . . . .	490
234. <i>Synthèse du modèle sociologique. — Confrontation avec les modèles géo- métrique et philologique.</i> . . . . .	493
III. — LE MODÈLE ÉCONOMIQUE DE LA RAISON JURIDIQUE . . . . .	495
235. <i>Naissance et développement du mouvement Law &amp; Economics.</i> . . . . .	495
236. <i>Prémises épistémologiques de l'analyse économique du droit.</i> . . . . .	499
237. <i>Le paradigme du marché. — Théorie de l'équilibre général et théorème de Coase.</i> . . . . .	500
238. <i>Fonctions du droit dans le « monde réel ». — Portée normative de l'ana- lyse économique.</i> . . . . .	502
239. <i>Évaluation économique des conventions et transactions.</i> . . . . .	505
240. <i>Évaluation économique de la jurisprudence.</i> . . . . .	508
241. <i>Évaluation économique de la législation et de la réglementation.</i> . . . . .	511
242. <i>Calcul économique et interprétation des textes.</i> . . . . .	513
243. <i>L'interprétation économique correctrice.</i> . . . . .	515
244. <i>Un exemple d'interprétation économique correctrice. — L'affaire Montana Wilderness Association.</i> . . . . .	520
245. <i>Synthèse du modèle économique.</i> . . . . .	522
246. <i>Comparaison avec le modèle sociologique.</i> . . . . .	523

	PAGES
247. <i>Critique des modèles sociologique et économique.</i> . . . . .	523
<b>Conclusions sur la science des modernes</b> . . . . .	525
248. <i>Une division transversale. – La séparation de la raison et de l'autorité.</i>	525
249. <i>La succession des modèles. – L'ordre, la source et l'intérêt. – Mise au point de trois concepts opératoires substantiels.</i> . . . . .	526
250. <i>La théorie moderne de l'interprétation des textes.</i> . . . . .	527
251. <i>L'impasse de la raison juridique moderne.</i> . . . . .	528

## TROISIÈME PARTIE

Le tournant interprétatif  
contemporain

<b>CHAPITRE VIII. Le tournant linguistique et le modèle normativiste</b> . . . . .	533
252. <i>Le tournant linguistique. – Ses effets sur la pensée et l'épistémologie contemporaines.</i> . . . . .	533
253. <i>Les sciences du langage et le discours juridique.</i> . . . . .	536
<b>I. – LE SENS DES PROPOSITIONS NORMATIVES DANS LA PHILOSOPHIE DU LANGAGE</b>	539
254. <i>La critique du psychologisme en logique.</i> . . . . .	539
255. <i>Pensées, objets et représentations.</i> . . . . .	541
256. <i>La médiation des signes.</i> . . . . .	543
257. <i>La proposition, image de la réalité.</i> . . . . .	544
258. <i>La vérité correspondance.</i> . . . . .	545
259. <i>Le non-sens des propositions éthiques.</i> . . . . .	547
260. <i>L'énoncé juridique comme attitude propositionnelle.</i> . . . . .	549
261. <i>Les fonctions du langage.</i> . . . . .	552
262. <i>Les jeux de langage.</i> . . . . .	553
263. <i>Les performatifs.</i> . . . . .	556
264. <i>Actes locutoires, illocutoires et perlocutoires.</i> . . . . .	558
265. <i>Une conception juridique du langage.</i> . . . . .	559
<b>II. – LA SOLUTION DES CAS DIFFICILES SELON HART ET KELSEN</b> . . . . .	561
266. <i>Perspective interne et perspective externe.</i> . . . . .	561
267. <i>Règles primaires et règles secondaires.</i> . . . . .	562
268. <i>La solution des cas particuliers selon Wittgenstein et Austin.</i> . . . . .	563
269. <i>La texture ouverte des règles.</i> . . . . .	565
270. <i>Le faux problème de l'interprétation.</i> . . . . .	566
271. <i>Cas centraux et cas limites.</i> . . . . .	567
272. <i>La délimitation des frontières par le juge.</i> . . . . .	568

	PAGES
273. <i>La Théorie pure de Hans Kelsen. – La structure double de la règle et la pyramide des normes.</i> . . . . .	570
274. <i>Le pouvoir discrétionnaire du juge et l'interprétation comme acte de volonté.</i> . . . . .	572
275. <i>Bilan critique du modèle normativiste.</i> . . . . .	573
<b>CHAPITRE IX. Le modèle pragmatique de l'interprétation</b> . . . . .	<b>576</b>
276. <i>Objet et plan du chapitre.</i> . . . . .	576
<b>I. – THÉORIE ÉLÉMENTAIRE DE L'INTERPRÉTATION</b> . . . . .	<b>577</b>
277. <i>Reformulation du problème de la connaissance du droit.</i> . . . . .	577
278. <i>Limites de la conception binaire du signe. – La valeur cognitive de l'égalité.</i> . . . . .	577
279. <i>Le processus ternaire de la semiosis.</i> . . . . .	579
280. <i>La signification comme interprétation.</i> . . . . .	580
281. <i>La chaîne des interprétants. – Objet immédiat et objet dynamique.</i> . . . . .	582
282. <i>L'interprétant final et le consensus de la communauté des chercheurs. – Incidence sur l'action.</i> . . . . .	583
283. <i>Application au droit. – Définition pragmatique de la signification, de l'interprétation et de la validité juridiques.</i> . . . . .	584
<b>II. – LA TOPIQUE JURIDIQUE CONTEMPORAINE</b> . . . . .	<b>586</b>
284. <i>La critique pragmatique du sens clair.</i> . . . . .	586
285. <i>Pluralité irréductible des méthodes d'interprétation.</i> . . . . .	588
286. <i>Interprétation et argumentation. – Le statut rhétorique des méthodes d'interprétation et leur caractère obligatoire.</i> . . . . .	590
287. <i>Le problème du classement. – Inventaire des critères possibles.</i> . . . . .	593
288. <i>Distinctions élémentaires. – Structures, techniques et lieux de l'interprétation.</i> . . . . .	596
289. <i>Le triangle de la signification et la trichotomie des méthodes d'interprétation.</i> . . . . .	598
290. <i>Contextes, valeurs et lieux de l'interprétation.</i> . . . . .	601
291. <i>La topique juridique.</i> . . . . .	602
292. <i>Contextes spécifiques et géométrie variable des lieux communs de l'interprétation.</i> . . . . .	604
293. <i>Vérification de la topique dans la théorie du droit contemporaine.</i> . . . . .	607
294. <i>De l'histoire au système. – La topique et la culture juridique.</i> . . . . .	613
295. <i>Hiérarchie relative des lieux de l'interprétation. – Transition.</i> . . . . .	614
<b>III. – LE CHOIX DE LA MEILLEURE INTERPRÉTATION</b> . . . . .	<b>616</b>
296. <i>L'apport du débat contemporain sur l'interprétation.</i> . . . . .	616

	PAGES
297. <i>Le structuralisme et le paradigme linguistique dans les sciences humaines.</i> . . . . .	617
298. <i>Foucault, Barthes et « la mort de l'auteur ».</i> . . . . .	620
299. <i>La dérive infinie du sens.</i> . . . . .	621
300. <i>La déconstruction du texte juridique. – L'absence ultime de fondement du droit.</i> . . . . .	624
301. <i>L'écart irréductible et indécidable entre la règle et ses applications.</i> . . . . .	627
302. <i>Critique de la déconstruction.</i> . . . . .	628
303. <i>La déconstruction dans l'histoire des modèles d'interprétation.</i> . . . . .	629
304. <i>Retour à la dialectique des Anciens. – Nouvelle rhétorique et herméneutique philosophique.</i> . . . . .	630
305. <i>La Nouvelle rhétorique. – Le texte comme prétexte à la confrontation des valeurs.</i> . . . . .	632
306. <i>La nouvelle herméneutique. – Le texte comme autorité efficace.</i> . . . . .	633
307. <i>Le modèle de l'interprétation judiciaire. – La compréhension comme application du texte à une situation concrète.</i> . . . . .	634
308. <i>Le préjugé et « le tribunal de la tradition ».</i> . . . . .	636
309. <i>Autorité et préjugé dans l'interprétation judiciaire.</i> . . . . .	638
310. <i>Critique de la conception herméneutique de l'activité judiciaire.</i> . . . . .	639
311. <i>Le débat entre Gadamer et Habermas sur l'appropriation critique de la tradition.</i> . . . . .	640
312. <i>Le rapprochement progressif des positions.</i> . . . . .	643
313. <i>Vers une synthèse de l'herméneutique et de la critique.</i> . . . . .	644
314. <i>Dworkin. – Une œuvre à la croisée des chemins de l'interprétation contemporaine.</i> . . . . .	645
315. <i>La « chaîne » du droit.</i> . . . . .	647
316. <i>Le droit comme interprétation.</i> . . . . .	648
317. <i>La double contrainte de l'interprétation.</i> . . . . .	650
318. <i>Fonction critique des principes généraux du droit.</i> . . . . .	652
319. <i>La référence au contentieux constitutionnel et le retour de l'interprétation conciliante.</i> . . . . .	654
320. <i>Critique du « monologisme » judiciaire de Perelman et Dworkin.</i> . . . . .	657
321. <i>Le droit comme pratique institutionnelle de discussion et de décision.</i> . . . . .	659
322. <i>Les contraintes procédurales de l'interprétation. – De l'éthique de la discussion au procès équitable.</i> . . . . .	661
323. <i>L'idéal régulateur de l'interprétation. – L'accord de la communauté des interprètes.</i> . . . . .	662
<b>Conclusions finales</b> . . . . .	<b>665</b>
324. <i>Synthèse du modèle pragmatique contemporain.</i> . . . . .	665

	PAGES
325. <i>Une synthèse constructive de l'herméneutique ancienne et de la critique moderne.</i> .....	667
326. <i>Confrontation des modèles contemporains concurrents.</i> .....	668
327. <i>Le génie propre de la raison juridique et la théorie de l'interprétation.</i>	670
<b>Index</b> .....	<b>673</b>
<b>Répertoire des tableaux.</b> .....	<b>681</b>
<b>Table des matières</b> .....	<b>683</b>

IMPRIMÉ EN BELGIQUE

---

ETABLISSEMENTS EMILE BRUYLANT, société anonyme, Bruxelles  
Prés.-Dir. gén. : JEAN VANDEVELD, av. W. Churchill, 221, 1180 Bruxelles

## L'INTERPRÉTATION DANS L'HISTOIRE DE LA RAISON

*L'interprétation des textes est l'une des formes principales du savoir et de la culture. Pourtant, son histoire demeure mal connue, de même que ses relations avec l'histoire des sciences et de la raison en général. Dans cette histoire, que raconte ce livre, le droit a joué et joue encore un rôle prépondérant. Au carrefour du savoir et du pouvoir, de la tradition et de sa critique, les modèles juridiques d'interprétation déterminent les rapports, très variables selon les époques, qu'une société entretient avec les règles qui l'organisent et les autorités qui les édictent.*

### 1. – La «crise» contemporaine de l'interprétation.

La raison juridique, ou la science du droit, a pour objet de déterminer *si et comment une connaissance rationnelle du droit est possible*. Le raisonnement juridique se présente le plus souvent sous la forme de l'application d'une règle à un cas, généralement du point de vue du juge, en vue de trancher une contestation et de prendre une décision. Lorsque la règle de droit est recherchée dans un texte, ce raisonnement nécessite le recours à une interprétation. L'interprétation juridique, au sens propre, consiste à déterminer le sens du texte en vue de préciser la portée de la règle dans le contexte de son application. Dans un sens plus large, l'interprétation désigne toute forme de raisonnement juridique qui conduit à la solution d'un cas ou à la découverte d'une règle, indépendamment de la référence ou non à un texte. L'interprétation est donc le problème central de la raison juridique. La science du droit s'attache depuis longtemps à en définir les méthodes et les techniques, à en établir ou à en critiquer le caractère rationnel et légitime, ainsi qu'à évaluer leur contribution respective à la connaissance du droit.

Durant ces dernières décennies, l'interprétation a, sans aucun doute, été l'une des questions les plus discutées de la théorie du droit, à tel point que certains ont pu diagnostiquer un véritable



« tournant interprétatif » de la pensée juridique<sup>(1)</sup>. Ce débat s'est déroulé dans un climat persistant de *crise*<sup>(2)</sup>, ouverte depuis plus un siècle, par la critique de la méthode dite « traditionnelle » de l'interprétation juridique. Les insuffisances de cette méthode, fondée sur l'application logique des règles et la recherche de l'intention de leurs auteurs, ont été dénoncées à satiété et de manière presque unanime, mais sans qu'un modèle alternatif ne réussisse à s'imposer durablement, en son lieu et place, comme nouvelle théorie officielle de l'interprétation légitime.

Cette crise est ressentie de manière aiguë par les praticiens du droit qui recourent en permanence à l'interprétation des textes pour accomplir leurs diverses missions. Un écart trop important est souvent perceptible entre les procédés effectivement utilisés par les interprètes, en particulier les juges, et les justifications qu'ils se sentent contraints d'en donner, ce qui suscite un certain malaise. Cette situation pose problème tant sur le plan de la connaissance du droit, que sur celui de la légitimité de ceux qui rendent la justice. Elle remet en question le *pouvoir* conféré aux juges, lequel est censé s'appuyer sur un *savoir*, que l'on ne s'accorde plus forcément à leur reconnaître.

Les efforts sans précédent, consentis par tous ceux qui, à des niveaux divers<sup>(3)</sup>, ont réfléchi sur l'interprétation, pour contribuer, soit à combler cet écart, soit à le creuser davantage, ne semblent pas avoir produit jusqu'à présent, de l'aveu même de ceux qui s'y sont livrés avec le plus d'intensité<sup>(4)</sup>, des résultats pratiques décisifs

(1) D. KENNEDY, « The Turn to Interpretation », 58 *Southern California Law Review* (1985), pp. 251-275.

(2) Sur la notion de « crise » en épistémologie des sciences et son application au droit, voir B. FRYDMAN, « Y a-t-il en droit des révolutions scientifiques ? », *Journal des tribunaux*, 1996, pp. 809-813, spéc. §2.

(3) Sans prétendre à l'exhaustivité, on peut citer notamment l'autoréflexion des magistrats sur leurs pratiques, dans un souci déontologique de formation et de contrôle, dont les mercuriales des procureurs généraux fournissent une bonne illustration; les recherches de doctrine et de théorie du droit, voire de sociologie et de philosophie du droit; mais aussi, de manière plus surprenante, les travaux nombreux et divers dont l'interprétation juridique a fait l'objet de la part de chercheurs étrangers à la sphère du droit, notamment en philosophie et dans les disciplines qui étudient le langage au sens large (rhétorique, herméneutique, sémiotique, critique littéraire, logique formelle, philosophie analytique, etc.). Voir, à ce sujet, les nombreuses références citées dans la 3<sup>ème</sup> partie de cette thèse.

(4) Dans le compte-rendu qu'il consacre à la thèse de M. Van Hoecke, F. Ost dresse ce constat pessimiste des relations entre théorie et pratique judiciaire de l'interprétation : « Depuis Gény, s'accumulent les critiques du formalisme et du conceptualisme de la jurisprudence; chaque génération met en cause les 'fictions' de plénitude de la loi ou du système juridique, les 'mythes' du législateur juste et rationnel... et pourtant la *jurisprudence poursuit sa voie, aussi indifférente à*

ni même suffisants. La question demeure donc ouverte, actuelle et même incontournable; mais elle demande sans doute à être abordée sous des angles nouveaux et, en tout cas, différents. Il nous a semblé, pour notre part, que l'étude gagnerait à s'affranchir quelque peu de certaines limitations ou cloisonnements, qui en obèrent les résultats. Plus précisément, il nous a paru nécessaire d'envisager l'interprétation dans une perspective historiquement plus longue et émancipée d'une conception trop étroite de la frontière des disciplines.

Les travaux contemporains se sont très normalement focalisés d'abord sur l'étude des pratiques actuelles et l'examen des théories les plus récentes. Ils ont concentré leurs critiques, d'une part, sur une conception purement logique ou mécanique du raisonnement judiciaire et, d'autre part, sur la conception exégétique ou philologique de l'interprétation, centrée sur la recherche de l'intention du législateur. La culture juridique générale, confirmée en cela par certains des plus célèbres théoriciens du droit, comme François Gény ou Hans Kelsen<sup>(5)</sup>, qualifie l'une ou l'autre de ces conceptions, voire les deux, de «méthode traditionnelle». Cette appréciation se fonde souvent sur une description un peu sommaire de l'histoire des idées juridiques, qui, en tout cas, ne remonte guère au-delà de la fin du 18<sup>ème</sup> siècle<sup>(6)</sup>. Du coup, elle présente comme «traditionnelle» une théorie de l'interprétation qui ne s'est en réalité imposée que dans le courant du 19<sup>ème</sup> siècle, en rupture avec les procédés pratiqués auparavant, et qui a été en outre assez rapidement critiquée et remise en cause.

Nous avons exprimé ailleurs les plus grandes réserves que nous inspire cette théorie du droit «sans histoire»<sup>(7)</sup>. L'épistémologie con-

---

ces critiques qu'aux idéalizations que les mêmes auteurs prêtent aux juges selon leur cœur (ceux qui appliqueraient la 'libre recherche scientifique' de Gény, 'l'induction sociale' de de Page, la 'fonctionnalité sociale' d'aujourd'hui...) (*Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 1980-4, pp. 173-180, spéc. p. 179). – Adde : M. Van Hoecke se prononçait déjà dans le même sens dans le livre commenté par Ost (*De interpretatievrijheid van de rechter*, Antwerpen, Kluwer, 1979, pp. 375-376).

<sup>(5)</sup> Voyez les nombreuses références critiques à la «méthode traditionnelle» dans *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif* citées *infra* ch. 7, II, §4 et s. – H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, Paris, L.G.D.J., 1999, pp. 338-339 notamment évoque «la science du droit traditionnelle» et «la doctrine du droit traditionnelle».

<sup>(6)</sup> Voyez *infra* les recherches de L. HUSSON (ch. 6, II), de Ch. PERELMAN (ch. 9, II) et de F. GÉNY (ch. 7, II) notamment, ainsi que les références citées.

<sup>(7)</sup> B. FRYDMAN, «Y a-t-il en droit des révolutions scientifiques?», *Journal des tribunaux*, 1996, pp. 809-813, spéc. début.

temporaire a bien plutôt mis en évidence, dans tous les domaines, la succession des formes des savoirs et des paradigmes, la brutalité des crises et des révolutions scientifiques, et, plus généralement, les discontinuités marquantes qui affectent tant l'histoire des idées en général, que l'évolution particulière à chaque discipline<sup>(8)</sup>. L'histoire de la raison juridique ne fait pas exception. Son parcours est jalonné de conflits et de ruptures, de révolutions et de restaurations, au cours desquels se sont successivement imposées, sous le nom de «raisonnement juridique» et de «méthode d'interprétation», des conceptions radicalement différentes quant à la nature de la règle de droit et des outils à mettre en oeuvre pour en déterminer le sens et en assurer l'application.

Un élargissement de la perspective aura pour effet d'accroître sensiblement l'éventail des techniques d'interprétation possibles ou admises et par suite de relativiser certaines conceptions, qui pèsent d'autant plus lourd sur la théorie et sur la pratique du droit, qu'elles sont perçues, à tort, comme permanentes et donc indépassables, inscrites dans la «nature des choses» ou imposées par la raison, ou encore consubstantielles à «l'idée» ou à «l'essence» du droit. Cette perspective permettra en outre d'apprécier à leur juste mesure le sens et l'enjeu des controverses actuelles et peut-être de contribuer à les résoudre. La période que nous traversons s'y révélera comme le dernier soubresaut en date d'une histoire particulièrement riche et mouvementée. Cette histoire permettra de comprendre comment sont nés des concepts aussi fondamentaux pour le droit que l'autorité du texte et le débat contradictoire, mais aussi l'ordre juridique, les sources du droit et la balance des intérêts. Elle mettra en outre en lumière l'importance méconnue de l'interprétation en général et de l'interprétation juridique en particulier dans l'histoire des idées et des connaissances humaines.

## 2. – Une histoire mouvementée entre l'autorité et la raison.

Partis à notre tour sur la piste de la méthode «traditionnelle», nous nous sommes trouvés en situation de devoir toujours remonter

---

<sup>(8)</sup> Voyez en particulier, parmi beaucoup d'autres : M. FOUCAULT, *Les mots et les choses*, Paris, Gallimard, 1966. – Th. KUHN, *La structure des révolutions scientifiques*, Paris, Flammarion, 1983 (trad. de la 2<sup>ème</sup> éd.).

plus en amont le cours fluctuant des idées juridiques, jusqu'à nous rallier finalement au conseil de Schleiermacher, selon qui « toute étude approfondie est historique et commence par le début ». Nous nous sommes dès lors résolus à entamer cette étude aux sources connues de l'herméneutique normative occidentale. C'est à un long parcours, forcément partiel, s'étendant sur près de vingt-cinq siècles, au fil duquel se rencontreront et se succéderont, se combattront ou dialogueront, des conceptions et des méthodes d'interprétation très différentes, mais qui ont chacune à leur manière contribué à faire de notre droit ce qu'il est aujourd'hui, que sont conviés les lecteurs de cet ouvrage. Ce livre raconte donc l'histoire de l'interprétation juridique depuis l'Antiquité jusqu'à nos jours.

L'interprétation juridique est issue du croisement de deux grandes traditions concurrentes. D'une part, la rhétorique, fille de la culture classique gréco-latine et du modèle démocratique, a codifié le cadre et les techniques d'une discussion contradictoire et argumentée des questions de justice. D'autre part, l'héritage biblique a imposé le modèle d'un droit codifié dans un texte parfait, qui constitue le fondement obligatoire des décisions judiciaires. Dès l'époque hellénistique, ces deux modèles entrent en contact et les ressources de la rhétorique sont mobilisées notamment au service de l'interprétation des Écritures. Cependant, l'interprétation chrétienne évacue dans une large mesure la dimension juridique de l'Ancien Testament juif, en même temps que se perd la pratique de la discussion contradictoire. Il faut attendre le 12<sup>ème</sup> siècle pour que, au sein des nouvelles Universités, la scolastique mette au point, d'abord dans les facultés de droit, la procédure de la question disputée, qui s'imposera à l'ensemble des savoirs médiévaux, et dans laquelle on peut voir le lointain ancêtre du procès contemporain. Nourrie par les grands textes de la tradition, mais animée aussi par la passion de la dialectique, la scolastique développe une gamme très riche de techniques d'interprétation qui tentent de concilier la foi due aux textes avec les apports de la raison spéculative. Certaines de ces techniques demeurent en usage de nos jours, notamment au sein des juridictions constitutionnelles.

Ce compromis subtil entre l'autorité et la raison sera toutefois brisé par la révolution scientifique moderne. Au 17<sup>ème</sup> siècle, la science nouvelle préfère, à l'image de Galilée, l'observation et le calcul, à l'interprétation des textes anciens et aux décrets des docteurs

de l'Église, dont elle dénonce les erreurs et la bêtise, mais qui conserveront longtemps de puissantes positions et les moyens de nuire. Rejetant l'argument d'autorité dans le domaine de l'arbitraire, la philosophie prétend désormais se fonder sur la raison pure. Il s'ensuit un bouleversement de la méthode, qui rejette l'interprétation en dehors du domaine de la science. Les juristes modernes lui préfèrent la construction des systèmes de droit naturel ou la mise en ordre des droits nationaux, qui conduira un jour à leur codification. A la discussion, on prétend substituer la démonstration mathématique, et le syllogisme remplace la dialectique comme modèle de la décision judiciaire. Les grands textes de la tradition sont désacralisés et réduits au rang de documents historiques, portant témoignage des opinions contestables, et le plus souvent périmées, des hommes du passé. C'est dans cet esprit que se forge la conception moderne de l'interprétation. Celle-ci ne recherche plus dans le texte la part de vérité qu'il recèle, mais plutôt l'intention de celui qui l'a écrit, quand bien même il se serait trompé. De même, l'interprète de la loi se préoccupera désormais moins des exigences de la justice, que de dégager la volonté du législateur, laquelle s'impose, non par la force de la raison, mais par l'autorité de son pouvoir. Ainsi, c'est dans un cadre fondamentalement hostile à l'interprétation que se développent à la fois les méthodes dites « traditionnelles » de l'application logique des règles et la recherche de l'intention du législateur. Quand les insuffisances de ces procédés deviennent patents, c'est toujours en dehors de l'interprétation, en recourant à des instruments de mesure et de calcul empruntés à d'autres sciences, comme la sociologie ou l'économie, que les juristes tentent de trouver leur salut, afin d'assurer à leur discipline un statut scientifique qui leur apparaît d'autant plus indispensable, à mesure qu'il leur est davantage contesté.

La séparation radicale que la science moderne a imposée entre la raison et l'autorité débouche sur la *summa divisio* de la pensée juridique entre, d'une part, le droit positif, fondé sur l'autorité du pouvoir, et, d'autre part, le droit naturel, censé basé sur la seule raison. Ce divorce de l'autorité et de la raison, si utile à la science, se révèle ruineux dans la mise en oeuvre du droit. Il contraint l'interprète du droit positif à se soumettre inconditionnellement à la volonté de l'auteur de la norme, et donc au pouvoir, fut-il tyrannique, tandis qu'il exile toute réflexion sur la justice dans les limbes de l'abstrac-

tion spéculative, sans relation et sans effet sur le droit en vigueur. La pensée juridique se trouve dans une situation impossible, sommée de choisir entre deux positions intenable : d'un côté, le repli dans les idéaux purs, mais vides, d'un droit naturel passé de mode ; de l'autre, l'adhésion au « positivisme » qui, en renonçant à toute distance critique par rapport à la volonté du pouvoir, en vient à cautionner malgré lui les actes des régimes les plus criminels. Après la seconde Guerre mondiale, ce positivisme-là est condamné, sans qu'un retour au droit naturel soit sérieusement envisageable. Il va dès lors falloir s'attacher à renouer les liens que l'histoire des idées avait tranchés et réconcilier l'autorité de la loi avec le jugement critique de la raison et les exigences de la justice. Une fois encore, l'interprétation reprend du service. Stimulées par l'extraordinaire efflorescence des sciences du langage, de la communication et de l'argumentation, les théories contemporaines de l'interprétation remettent en cause les droits exclusifs sur le sens des textes que l'on avait concédés à l'auteur et à son double, le législateur. Elles valorisent au contraire la prolifération des sens, comme autant de directions susceptibles d'orienter la pensée, l'idée ou la règle. L'interprétation juridique offre à nouveau matière à des discussions, dont l'enjeu n'est plus seulement la conservation de l'ordre établi, mais la réalisation d'un ordre juste.

### 3. – Un mode de connaissance interdisciplinaire.

Cette histoire de la pensée juridique, c'est-à-dire de la pensée inscrite dans les pratiques du droit et dans leurs rationalisations, est inextricablement mêlée à l'histoire générale des sciences et des idées, à laquelle elle participe de plein droit. L'interprétation y occupe une place éminente. Depuis toujours, l'homme a interprété, c'est-à-dire qu'il a cherché à donner un *sens* aux phénomènes, appréhendés comme autant de *signes* d'une vérité à découvrir. L'interprétation constitue l'un des modes essentiels de connaissance des choses, tant de la nature que de la culture. Parmi ces dernières, l'interprétation des textes revêt une importance considérable, non seulement dans le domaine du droit, mais également en théologie, en philologie, en histoire, en psychologie, en philosophie, et dans d'autres disciplines encore. L'interprétation juridique ne constitue en réalité qu'un genre particulier d'une activité plus générale, dont il ne faut pas vouloir l'isoler.

Si le projet d'une « herméneutique générale » n'a été formulé comme tel qu'au 19<sup>ème</sup> siècle<sup>(9)</sup>, l'histoire témoigne des relations intimes que le droit a toujours entretenues avec les autres disciplines, sous le rapport de l'interprétation. Dans l'Antiquité, la théorie et la pratique juridiques de l'interprétation des textes sont prises en charge par la rhétorique et par la religion savante. A l'époque médiévale, un modèle identique d'interprétation s'impose à l'ensemble des facultés, qu'il s'agisse du droit et de la théologie, mais aussi de la philosophie, des lettres et même de la médecine. À l'époque moderne, la jurisprudence subit l'influence des sciences nouvelles et triomphantes que sont à l'époque l'histoire et la philologie. Quant à la période contemporaine, elle est le théâtre d'échanges intenses et de croisements multiples entre, d'une part, les sciences du langage et de la communication et, d'autre part, la théorie et la philosophie du droit, tout spécialement sur la question de l'interprétation. De sorte qu'il est illusoire de prétendre écrire l'histoire de l'interprétation juridique, sans considérer l'histoire des sciences et des idées en général. Celle-ci enseigne d'ailleurs de manière particulièrement claire que les méthodes d'interprétation en vigueur ou en faveur sont moins le propre d'une discipline spécialisée que d'une époque particulière. Les normes de vérité, qui tracent la frontière entre les interprétations retenues comme scientifiques, rationnelles et légitimes, et celles rejetées comme farfelues, inadéquates ou arbitraires, traversent allègrement les champs disciplinaires. Par contre, elles dépendent d'une conception du sens et de la connaissance qui a partie liée avec l'esprit du temps et s'enracine au plus profond du socle épistémologique de l'époque. D'une période à l'autre, des méthodes d'interprétation, qui tenaient autrefois le haut du pavé, sont dénoncées comme absurdes, tandis qu'une nouvelle conception du « bon sens » surgit, comme de nulle part, et s'impose immédiatement à l'ensemble des disciplines. Ainsi, la conception du « sens commun », qui identifie la signification du texte à l'intention de son auteur, a recouvert, en même temps et comme un raz-de-marée, l'histoire, la littérature, le droit et jusqu'aux sciences religieuses, avant de subir à son tour le feu des critiques et le mépris des avant-gardes. C'est pourquoi toute étude sérieuse de l'interprétation ne peut être qu'interdisciplinaire.

<sup>(9)</sup> Projet forgé par Schleiermacher, repris plus tard par Dilthey (voir *infra* ch. 6, §171).

Cette dimension transversale de l'interprétation s'étend d'ailleurs bien au-delà des disciplines scientifiques proprement dites. Car l'interprétation ne représente pas seulement un mode de connaissance. Elle détermine plus largement les relations qu'une culture entretient avec elle-même et avec son passé, avec ses traditions, ses valeurs et ses règles, ainsi qu'avec les autres cultures avec lesquelles elle entre en relation. Par le moyen de l'interprétation, une culture se découvre et se raconte à elle-même; elle se transmet de génération en génération, se reproduit, s'impose, de force parfois, et se développe constamment. Mais l'interprétation ne se contente pas nécessairement de conserver ou d'ajouter. Par l'interprétation aussi, une culture se transforme, se critique, intègre des éléments d'une autre culture ou s'intègre à celle-ci. Si bien que l'interprétation n'a pas seulement une valeur scientifique, mais également une portée politique. Le choix d'une méthode d'interprétation est à cet égard révélateur, car il indique les transactions et les arbitrages qu'une société opère entre son passé et son avenir, entre elle-même et les autres, entre les valeurs et les intérêts concurrents qui coexistent en son sein et qui cherchent à accéder à la reconnaissance.

A l'intersection de ces deux dimensions, politique et scientifique, l'interprétation juridique occupe une position charnière. *Elle donne moyen à l'autorité de rendre raison et à la raison de faire autorité.* Le droit offre à cet égard un terrain privilégié pour l'observation des pratiques de «savoir-pouvoir» où nous savons, depuis Foucault, que se joue l'essentiel de l'histoire de la vérité. Le droit est par excellence l'arène où les conflits d'interprétation se combattent et s'arbitrent. De fait, nous observerons tout au long de cet ouvrage que la raison juridique a le plus souvent joué un rôle de premier plan dans l'évolution des méthodes d'interprétation et dans les batailles sans merci qui les ont opposées entre elles. Nous montrerons ainsi que la raison juridique constitue le point de référence, sinon permanent du moins principal, de l'histoire des modèles d'interprétation. La perspective interdisciplinaire de cette étude n'aura donc pas pour effet de diluer ou d'occulter le caractère foncièrement juridique du problème de l'interprétation ni d'inféoder la connaissance du droit à une discipline étrangère, comme cela a été et est encore trop souvent le cas. Il s'agit, au contraire, de réconcilier la raison juridique avec elle-même, avec sa pratique et avec son



génie propre, en la restaurant à sa juste place dans l'horizon de la connaissance et de la culture.

#### 4. - Délimitation du champ d'investigation.

Ayant ouvert largement les perspectives de l'enquête, il était nécessaire d'en préciser le champ d'investigation afin d'en rendre la réalisation possible. Le domaine des études et des pratiques interprétatives apparaît en effet *a priori* illimité. Sur le seul plan juridique, il n'est pratiquement aucune activité, relevant de près ou de loin de la théorie ou de la pratique, qui ne recoure, en permanence ou à tout le moins régulièrement, à l'interprétation. Il importait donc de bien circonscrire la nature du matériau sur lequel la recherche devait porter pour atteindre le but fixé.

Nous avons décidé à cet égard de ne pas fonder notre étude sur les *pratiques judiciaires* de l'interprétation. Ce choix est motivé par deux raisons. D'abord, l'examen des méthodes d'interprétation mises en œuvre par les juges en droit positif a d'ores et déjà été mené à bien, à plusieurs reprises, en droit interne<sup>(10)</sup>, comme d'ailleurs en droit comparé<sup>(11)</sup>. Si, dans ce livre, nous rendons compte des résultats, du reste largement convergents, de ces recherches, il nous a par contre semblé peu utile d'en reproduire ici la démarche. Ensuite, les auteurs de doctrine et les théoriciens du droit qui se sont livrés à cet exercice en ont eux-mêmes indiqué les limites. Les données obtenues sont sujettes à caution, dans la mesure où les juges se montrent peu diserts et peu transparents dans la description des procédés auxquels ils recourent : «la jurisprudence ne dit pas toujours ce qu'elle fait et elle ne fait pas toujours ce qu'elle dit»<sup>(12)</sup>. Ce résultat est plus décevant que véritable-

<sup>(10)</sup> Voir notamment, pour la Belgique, les références et l'examen que nous consacrons spécifiquement à ces études, *infra*, 3<sup>ème</sup> partie, ch. 9, §293.

<sup>(11)</sup> Outre les journées Capitant consacrées à cette question (L'interprétation par le juge des règles écrites, *Travaux de l'association Henri Capitant*, t. XXIX (1978), Paris, Economica, 1980), voyez notamment les ouvrages édités par N. MAC CORMICK et R. SUMMERS, *Interpreting Statutes : a Comparative Study* (Aldershot, Dartmouth, 1991) et *Interpreting Precedents : a Comparative Study* (Aldershot, Dartmouth, 1997).

<sup>(12)</sup> F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *Entre la lettre et l'esprit*, Bruxelles, Bruylant, 1989, p. 80. Les mêmes auteurs ajoutent : «les juges se montrent généralement extrêmement discrets à propos des méthodes d'interprétation qu'ils adoptent, de sorte que les motivations de leurs décisions sont très peu explicites sur la marche du raisonnement» (*ibidem*). I. MOREAU-MARGRÈVE et P. DELNOY, «Rapport belge», «Droit civil et commercial», in L'interprétation par le juge des règles écrites, *Travaux de l'association Henri Capitant*, t. XXIX (1978), Paris, Economica, 1980, p. 10 : «les juges ne discutent que très rarement de questions de méthodologie dans leurs

ment surprenant, dans la mesure où il appartient aux juges de pratiquer l'interprétation, mais non d'en construire la théorie. Traditionnellement, cette matière est abandonnée à la « science du droit », sous quelque nom qu'on lui donne<sup>(13)</sup>. Nombre d'auteurs estiment même qu'elle échappe à la compétence de l'autorité législative<sup>(14)</sup>, qui ne s'y aventure d'ailleurs que peu souvent et non sans réticence<sup>(15)</sup>.

Nous avons dès lors choisi de centrer notre examen sur les traités et ouvrages qui développent une *théorie articulée* de l'interprétation. Ainsi défini, le *corpus* apparaissait encore beaucoup trop vaste, compte tenu de l'ampleur du sujet. À défaut de critère plus pertinent, nous avons privilégié, pour chaque époque, les ouvrages ou traités qui ont été considérés par les contemporains ou retenus par la postérité comme les plus influents ou les plus représentatifs, ou encore ceux qui, à nos yeux, ont marqué une évolution décisive, en particulier en opérant la transition d'un modèle d'interprétation à un autre. Nous rendrons compte de ces choix dans l'étude des différents modèles. Au-delà de ce « noyau dur », les besoins de la démonstration ont cependant nécessité de donner aux recherches un rayonnement plus large, tantôt pour établir le « socle épistémologique<sup>(16)</sup> »

---

opinions». Sur le caractère très vague des références à la volonté du législateur et aux travaux préparatoires : Ph. GÉRARD, « Le recours aux travaux préparatoires et la volonté du législateur », *L'interprétation en droit - approche pluridisciplinaire*, Bruxelles, Pub. des F.U.S.L., pp. 51-95.

<sup>(13)</sup> Soit l'ancien terme de « jurisprudence », encore utilisé dans la langue anglaise et américaine, soit la « dogmatique » juridique ou plus vaguement la « doctrine », soit la « théorie » ou « théorie générale » du droit.

<sup>(14)</sup> Les règles d'interprétation des conventions sont considérées, par les jusnaturalistes, comme ressortissant au droit naturel (ch. 5, III). De même, au XIX<sup>ème</sup> siècle, pour l'École historique, l'interprétation relève de la science du droit, mais pas par contre pour l'École de l'exégèse, qui leur découvre un fondement légal dans les articles 1156 et s. du Code civil relatifs aux conventions (ch. 6, II). La thèse de la compétence scientifique exclusive est reprise par Delisle (ch. 6, III), de même que, plus tard, par Gény et Vander Eycken (ch. 7, II). Elle demeure aujourd'hui largement majoritaire (voyez *infra* ch. 9).

<sup>(15)</sup> Comme l'illustre l'abandon du livre préliminaire du projet de Code civil, dont le titre V portait sur l'application et l'interprétation des lois. Renonçant très vite aux dispositions relatives à l'interprétation, les rédacteurs du projet expliquent, par la voie de Portalis, qu'« il [leur] a paru sage de faire la part de la science et de la législation » (Présentation et exposé des motifs au Corps législatif, 24 novembre 1801, in FENÊT, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Paris, 1827, t. 6, p. 43). Le livre préliminaire devait être abandonné en tout état de cause après le vœu de rejet formé par le Tribunat (21 fructidor X) et le vote de rejet du Corps législatif (24 frimaire X, soit le 15 décembre 1801). Seuls les articles 1156 à 1164 relatifs à l'interprétation des conventions ont été conservés et seront utilisés comme base légale de l'interprétation des lois par certains auteurs de l'Exégèse (Voyez sur tout ceci, *infra*, ch. 6, §182).

<sup>(16)</sup> Cette notion, traduite plus souvent par le terme *épistémè*, est empruntée à Michel FOUCAULT, en particulier à *L'archéologie des savoirs* (Paris, Gallimard, 1969) et *Les mots et les choses* (Paris, Gallimard, 1966).

ou la «vision du droit<sup>(17)</sup>» dans lesquels s'enracinent les différents modèles d'interprétation, tantôt pour suppléer la défaillance des théories herméneutiques, soit que le modèle se définisse lui-même indépendamment ou en opposition à l'interprétation<sup>(18)</sup>, soit qu'il rechigne à la théorisation de ses pratiques<sup>(19)</sup>.

Compte tenu de la nature du sujet et de la période de temps considérée, il était évidemment impossible et peu opportun de définir la recherche par référence à un État ou à un «ordre juridique» déterminé. Au cours de sa longue histoire, la «science du droit» occidentale ne s'est jamais beaucoup embarrassée de telles frontières et s'est développée très tôt dans un cadre au moins européen, sinon beaucoup plus large<sup>(20)</sup>. La théorie du droit tend aujourd'hui à se penser à l'échelle globale et son centre de gravité à se déplacer vers les États-Unis d'Amérique<sup>(21)</sup>. À ce propos, il ressortira de cette étude que, de manière surprenante, la *summa divisio* traditionnelle entre pays de droit écrit et pays de *Common Law* ne représente pas, du point de vue de la théorie de l'interprétation, une frontière infranchissable, ni même une distinction réellement pertinente, dès lors que la plupart, pour ne pas dire tous les modèles étudiés, ne s'en soucient guère et la traversent allègrement.

Quant aux *branches du droit*, la science du droit affecte souvent de les ignorer en vue de présenter une théorie générale de l'interprétation juridique<sup>(22)</sup>. Il n'en demeure pas moins que ces théories sont souvent construites sur la base ou au départ d'un contentieux ou d'une matière spécifique, ce qui n'est évidemment pas sans con-

<sup>(17)</sup> Nous avons forgé ce concept, par spécification du concept classique de «vision du monde». Voir B. FRYDMAN, «Y a-t-il en droit des révolutions scientifiques?», *Journal des tribunaux*, 1996, pp. 809-813. Nous avons défini et développé ce concept sous le terme de «vision globale» dans *Les transformations du droit moderne*, Bruxelles, Story-Scientia, p. 2.

<sup>(18)</sup> C'est habituellement le cas pour les modèles modernes, notamment les modèles géométrique, sociologique et économique (2<sup>ème</sup> partie).

<sup>(19)</sup> C'est le cas, de manière tout à fait typique, pour le modèle talmudique (ch. 2). Pour ce modèle comme pour le modèle scolastique de la *quaestio disputata* et de la *quaestio legitima* (ch. 4, II), nous avons privilégié l'étude des pratiques de l'interprétation, en nous aidant des travaux scientifiques de référence, qui synthétisent le matériel considérable qu'offrent, pour l'un, le *Talmud* et ses commentaires, pour l'autre, les recueils de *quaestiones* et autres ouvrages de la même veine.

<sup>(20)</sup> Le modèle rhétorique se développe sur le territoire plus large encore de l'empire romain; le modèle patristique, dans toute la Chrétienté; le modèle scolastique, dans l'université médiévale, qui est un phénomène européen; le modèle géométrique, dans l'ensemble de l'Occident; etc.

<sup>(21)</sup> Comme il apparaît à l'évidence avec le modèle économique (ch. 7, III), ainsi que, dans une moindre mesure, dans le débat contemporain relatif à l'interprétation (ch. 9, III).

<sup>(22)</sup> C'est le cas, par exemple et de manière non limitative, de Delisle ou de Vander Eycken, mais aussi de Kelsen et de Dworkin.

séquence sur le résultat produit. De manière extrêmement générale, il semble que le droit civil, et plus largement le droit privé, aient, de cette manière, exercé une emprise croissante sur la réflexion, au fur et à mesure de la laïcisation progressive du droit, jusqu'à occuper une position centrale et même dominante au cours des deux derniers siècles<sup>(23)</sup>. Toutefois, notre examen de l'histoire moderne des modèles d'interprétation oblige à tempérer quelque peu cette affirmation, qui néglige injustement l'influence très réelle du droit public. Ainsi, la conception moderne de l'interprétation a-t-elle été dégagée au 17<sup>ème</sup> siècle sur la base de la théorie et du droit politiques<sup>(24)</sup>. À la même époque, la théorie jusnaturaliste envisage l'interprétation des traités au niveau du droit des gens<sup>(25)</sup>. Et, à la fin de l'Ancien régime, les scandales du droit criminel déplacent le débat sur l'office du juge, l'interprétation et ses méthodes sur le terrain du droit pénal<sup>(26)</sup>. Enfin, le contentieux constitutionnel fait à présent l'objet de toutes les attentions et sert de paradigme aux théories de l'interprétation les plus récentes<sup>(27)</sup>.

D'un point de vue *interdisciplinaire*, chaque époque fournit l'occasion d'un élargissement spécifique de la perspective de l'interprétation juridique, qui favorise une meilleure compréhension des concepts et des enjeux. Dans de nombreux modèles, la meilleure formulation de la méthode d'interprétation ne se trouve pas dans un ouvrage juridique, mais dans un autre cadre disciplinaire qui la

<sup>(23)</sup> Sur la base du nouveau support fourni par le *Corpus juris civilis*, qui concurrence avec un succès certain le matériel biblique et canonique, même après la compilation de ce dernier dans le *Décret* de Gratien, le droit civil fait une rentrée en force dans le modèle scolastique de la *quaestio*. Toujours en liaison avec le droit romain, il demeure la matière privilégiée pour les travaux de mise en ordre géométrique de l'âge classique (Domat, Leibniz) et même pour l'école historique allemande (Savigny notamment). L'École de l'exégèse se construit quant à elle comme on sait sur le fondement du *Code civil*. Gény centre explicitement sa théorie sur «le droit privé», tout comme Vander Eycyken. Le droit économique ou patrimonial offre enfin le point de départ et l'horizon naturel de l'analyse économique du droit, qui ne prétend cependant pas se limiter à ces matières.

<sup>(24)</sup> C'est clairement le cas chez Hobbes et Spinoza, mais aussi pour Montesquieu qui établit un parallèle entre les formes d'interprétation et les types de régimes (*infra*, ch. 5 et 6, I).

<sup>(25)</sup> Voir *infra* ch. 5, V, sur l'interprétation des conventions dans les traités de droit naturel de Grotius, Pufendorf et Vattel, qui se réfèrent en ordre principal aux traités internationaux. La question de l'interprétation des traités est demeurée un thème très riche pour les spécialistes du droit international public, qui y ont consacré beaucoup d'études, autour de la Convention internationale de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités (spéc. 3<sup>ème</sup> partie, section 3 : Interprétation des Traités).

<sup>(26)</sup> Notamment à propos de la théorie du syllogisme judiciaire, développée dans le *Traité des délits et des peines* de Beccaria (*infra*, ch. 5, §134 et s.).

<sup>(27)</sup> Ce nouveau centre d'intérêt joue notamment un rôle déterminant chez Dworkin et Habermas.

prend en charge. Ainsi, la théorie de l'interprétation des anciens Grecs et des Romains est articulée, non dans des ouvrages de droit proprement dits, mais dans les traités de rhétorique. Pour les autres modèles anciens, l'étude de la Bible, ou plus largement des Écritures révélées et surtout de leurs commentaires, fournissent un matériau de base d'une grande richesse, qui a été trop négligé par les juristes occidentaux. Quant à la méthode moderne d'interprétation, on trouvera souvent chez les historiens et les philologues l'explication des techniques prônées par les juristes. Au 20<sup>ème</sup> siècle, l'évolution des théories de l'interprétation doit être étudiée, à peine de ne pouvoir être comprise, à la lumière, d'une part, des sciences économiques et sociales et, d'autre part, des sciences du langage et de la communication. Enfin, la théorie de la connaissance, souvent prise en charge par la philosophie, ne peut être négligée à aucune époque.

### 5. - Théorie et pratique.

Le choix d'une perspective théorique suscite tout naturellement la question des relations entre la théorie de l'interprétation et sa pratique. A ce propos, il serait naïf, et d'ailleurs manifestement erroné, d'envisager les modèles successifs de l'interprétation juridique comme des comptes-rendus synthétiques et neutres, obtenus par simple induction, au départ des pratiques judiciaires ou autres, en usage à chacune des époques considérées. Mais il ne serait pas davantage pertinent de décréter *a priori* que les théories de l'interprétation n'entretiennent aucun rapport avec la pratique.

En réalité, les relations entre la théorie et la pratique sont plus subtiles et soulignent leur interdépendance. D'une part, la théorie n'existe et n'a de sens qu'en vue de la pratique, dont elle prétend à la fois rendre compte et diriger la conduite. D'autre part, l'activité judiciaire, comme toute pratique institutionnalisée, ne se conçoit qu'en référence à un modèle, qu'elle invoque de manière plus ou moins explicite et qu'elle applique plus ou moins fidèlement, mais dont elle tire une partie de sa signification et de sa légitimité<sup>(28)</sup>.

<sup>(28)</sup> En ce sens : R. DWORKIN, *Law's Empire*, Harvard University Press, 1986, pp. 412 et s. - Voir déjà *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1978, p. 90.

Dans son ouvrage *Méthode positive de l'interprétation juridique*, Paul Vander Eycken<sup>(29)</sup>, indique, à ce sujet, que «la science de l'interprétation est, à chaque époque, le miroir des procédés employés dans la pratique<sup>(30)</sup>». L'image est bonne dans la mesure où effectivement la théorie *réfléchit* l'interprétation, au double sens où, d'une part, elle la conceptualise et, d'autre part, elle renvoie à la pratique un reflet dans lequel celle-ci se mire et aime à se reconnaître. Cependant, le miroir de la théorie est un miroir déformant, dès lors que, tout en prétendant donner une description fidèle ou à tout le moins crédible, elle vise également à présenter cette pratique sous son meilleur profil<sup>(31)</sup>, c'est-à-dire d'une manière qui la rende acceptable, légitime et satisfasse l'exigence permanente de perfectionnement, inscrite dans l'idée même du droit, en tant qu'il exprime un «devoir-être»<sup>(32)</sup>. En d'autres termes, la théorie de l'interprétation présente elle-même une *interprétation* de la pratique, à l'instar d'autres formes d'interprétations juridiques constructives, telles la jurisprudence ou la doctrine, mais à un niveau d'abstraction différent<sup>(33)</sup>.

## 6. — La notion de modèle d'interprétation.

La nature du projet, qui implique l'examen d'un grand nombre de théories sur une longue période de temps, exigeait un instrument spécifique, qui favorise à la fois la synthèse et la comparaison des différentes conceptions de l'interprétation. La notion de «modèle

<sup>(29)</sup> P. Vander Eycken soutint devant la Faculté de Droit de l'Université Libre de Bruxelles et publia en 1906 une thèse de «doctorat spécial», consacrée à la *Méthode positive de l'interprétation juridique*. Le modèle d'interprétation proposé dans cette thèse, qui s'inscrit dans le cadre de l'École de la libre recherche scientifique et dans une filiation assumée à la philosophie positiviste d'Auguste Comte, sera examiné dans la 2<sup>ème</sup> partie (chapitre 7, II). Paul Vander Eycken assura par la suite notamment l'enseignement du droit commercial à la faculté de droit de l'U.L.B., poste auquel Jean Van Ryn devait lui succéder. Il fut en outre doyen de cette faculté de 1928 à 1931. Selon Perelman, l'ouvrage de Vander Eycken fut largement utilisé par des générations successives d'étudiants et considéré pendant un demi-siècle comme un classique.

<sup>(30)</sup> *Méthode positive de l'interprétation juridique*, Bruxelles, 1906, §22, p. 50.

<sup>(31)</sup> Ou, pour reprendre l'expression de Ronald DWORKIN, «sous son meilleur jour».

<sup>(32)</sup> Selon HABERMAS, la tension permanente entre ce qu'il appelle la facticité (*Faktizität*) et la validité (*Geltung*) du droit est proprement constitutive de la problématique juridique. Pour Dworkin, la nature déontologique du droit, qui exprime un «devoir être», précipite le droit de façon incessante et impérieuse dans la voie de son propre perfectionnement.

<sup>(33)</sup> En ce sens : R. DWORKIN, *Law's Empire*, Harvard University Press, 1986, p. 49 : «a theory of interpretation is an interpretation of the higher-order practice of using interpretive concepts», ainsi que pp. 90 et s.

d'interprétation<sup>(34)</sup>», telle que nous l'avons construite dans ce livre, comprend quatre éléments distincts, mais étroitement associés et solidaires<sup>(35)</sup> :

1. **Les techniques d'interprétation.** – Celles-ci désignent les rapports formels, d'ordre syntaxique ou sémantique, établis entre un signe et son interprétant, ou si l'on préfère, entre un texte et son interprétation. Les techniques d'interprétation ont souvent, par le passé, focalisé sur elles l'attention<sup>(36)</sup>. Il ne faut pas cependant surestimer la valeur cognitive de cette «technologie du sens<sup>(37)</sup>», dont les moyens sont infinis, mais également, pour la même raison, peu convaincants<sup>(38)</sup>. Dès lors, sans les négliger, il faut veiller y ajouter d'autres dimensions.
2. **Les méthodes d'interprétation.** – Elles désignent les directions indiquées pour la recherche du sens et le choix de la meilleure interprétation, de manière obligatoire, légitime ou simplement féconde. Les méthodes envisagent le texte depuis un certain «point de vue»; elles définissent des «lieux» privilégiés pour la recherche des interprétants<sup>(39)</sup>. Les Modernes considèrent normalement «la» méthode d'interprétation comme nécessairement unique. Les Anciens et les contemporains les envisagent au contraire sous le signe du pluriel. Une méthode peut inclure ou définir des techniques d'interprétation spécifiques, mais elle ne s'y réduit pas. Les méthodes d'interprétation révèlent plus largement l'économie du sens, c'est-à-dire les modes de production, de distribution et de sélection des interprétations. Nous nous pencherons avec un intérêt tout particulier sur les glissements et les bouleversements qui, sous la permanence apparente et trompeuse des

<sup>(34)</sup> Le terme «modèle» a été choisi car il souligne à la fois, 1° le caractère théorique de l'entreprise, qui vise à dégager les éléments constitutifs et la structure des conceptions de l'interprétation; 2° le résultat synthétique auquel tend le projet; 3° la fonction essentiellement comparative et différentielle de ces résultats; 4° le rôle de guide de la pratique traditionnellement assumé ou imputé à la théorie de l'interprétation.

<sup>(35)</sup> Voir aussi sur ces notions, *infra*, ch. 9, §288 et s.

<sup>(36)</sup> Par exemple, l'interprétation talmudique est souvent définie en extension, par la seule énumération des préceptes d'interprétation, ce qui en donne une vision incomplète et tronquée (voir *infra* ch. 2). De même, les romanistes ont longtemps cherché dans les préceptes du *Digeste*, voire du *Code civil*, la clé d'une technique unique d'interprétation, en réalité introuvable (voir ch. I<sup>er</sup> *in fine* pour le *Digeste* et ch. 6, II pour le *Code civil*).

<sup>(37)</sup> L'expression est empruntée à GADAMER dans *Vérité et méthode, Les grandes lignes de l'herméneutique philosophique*, Seuil, Paris, 1976 (*infra*, ch. 9, §306, note).

<sup>(38)</sup> Voir plus en détail sur ce point *infra* ch. 9, II, §288.

<sup>(39)</sup> Pour plus de détail sur cette notion, voir *infra* ch. 9, II, §289.

notions homonymes, affectent en profondeur l'évolution de cette économie, en partie clandestine.

3. **Les procédures d'interprétation.** – Celles-ci désignent cette fois le cadre dans lequel se déroule l'interprétation et les règles qui en organisent les étapes successives. La procédure a été souvent négligée, notamment par les Modernes, qui conçoivent plutôt l'interprétation comme une activité solitaire, voire comme un processus psychologique. Nous mettrons quant à nous l'accent sur ces structures, dont nous soulignerons le rôle fondamental dans les modèles anciens, de même que dans certains modèles contemporains, où elles prennent en charge la dimension véritablement normative de l'interprétation, en fixant les règles de son déroulement comme autant de jalons du processus de décision<sup>(40)</sup>.
4. **La vision du droit.** – Cette dernière notion désigne à la fois l'arrière-plan sur le fond duquel s'élaborent et se combattent les théories de l'interprétation et le sol dans lequel elles plongent leurs racines et puisent leurs ressources ou leur légitimité. Comme la notion de «vision du monde», dont elle est issue, la «vision du droit» regroupe, entremêlées de manière souvent confuse, des convictions ontologiques sur l'essence du droit et la nature de la règle, des prises de position axiologiques sur les buts à atteindre et les valeurs à défendre, et des options épistémologiques sur la connaissance en général et la raison juridique en particulier. Les visions du droit affectent d'autant plus sûrement le cours des théories et des pratiques de l'interprétation qu'elles fonctionnent généralement de manière inconsciente ou automatique, sous le prétexte de l'évidence ou de la nature des choses<sup>(41)</sup>. Notre histoire des modèles d'interprétation accordera une place substantielle à la définition de ces visions du droit successives et aux ruptures, généralement brutales, qui marquent le passage de l'une à l'autre.

---

<sup>(40)</sup> Suivant la même démarche à propos de l'exégèse biblique médiévale : G. DAHAN, *L'exégèse chrétienne de la Bible en Occident médiéval*, Paris, Cerf, 1999, p. 30.

<sup>(41)</sup> Les relations qui unissent les théories de l'interprétation aux conceptions générales du droit ont été plus d'une fois soulignées, notamment déjà par VANDER EYCKEN (*Méthode positive de l'interprétation juridique*, §5, p. 19) et encore récemment par DIEUX («L'application de la loi par référence à ses objectifs. Esquisses de la raison finaliste en droit privé», *Journal des tribunaux*, 1991, pp. 201-207). Ce dernier évoque «les effets en quelque sorte réfléchissants» qu'exercent les unes sur les autres la méthodologie de l'interprétation, l'ontologie et l'axiologie juridiques (pp. 201-202).



Nous distinguerons en outre entre les modèles *constructifs* et les théories *critiques*. Les premiers rendent compte de l'interprétation de manière positive, comme un mode de connaissance rationnel et légitime. À l'inverse, les théories critiques contestent ou mettent en cause la rationalité ou la légitimité de l'interprétation. Les modèles constructifs retiendront principalement notre attention. Nous en dégagerons et analyserons dix, tout au long du livre<sup>(42)</sup>. Mais, nous ne négligerons pas pour autant les théories critiques, qui jouent un rôle particulièrement important dans l'histoire moderne et contemporaine de l'interprétation. Nous les étudierons dans les phases successives de leur développement<sup>(43)</sup>.

### 7. – Sources d'inspiration.

Le projet de ce livre doit beaucoup à la lecture des *mots et les choses*<sup>(44)</sup>. Dans cet ouvrage majeur, Michel Foucault exhume en archéologue les socles épistémologiques successifs de la pensée occidentale moderne. Le livre fait la démonstration magistrale de l'intérêt d'une épistémologie horizontale qui, plutôt que de s'attacher, comme les manuels classiques, à l'histoire des progrès et des découvertes d'une discipline spécifique, dévoile comment, à chaque époque, les différents domaines du savoir s'enracinent dans un sol commun, qui prédétermine ce qui peut être pensé et dit. Malheureusement, si *Les mots et les choses* traite des sciences de la nature, du langage et de l'économie, il n'aborde pas le droit, auquel Foucault pourtant s'intéressait beaucoup. À lire le philosophe, rien ne s'y opposait cependant et certainement pas «les discussions encombrantes», jugées «vaines et oiseuses» sur le statut scientifique de telle ou telle connaissance. Pour Foucault, tout ce qui contient de la pensée est justifiable d'une archéologie qui dévoile la configuration épistémologique qui l'a rendu possible et confirme son inscription dans l'épistémè<sup>(45)</sup>. Aussi le droit est-il, comme institution, comme pratique et comme discours qui prétend à la science, justifiable d'une investigation d'ordre épistémologique, indépendamment de la

<sup>(42)</sup> Soit dans l'ordre les modèles rhétorique, talmudique, patristique, scolastique, géométrique, philologique, sociologique, économique, normativiste et pragmatique.

<sup>(43)</sup> Soit d'abord la critique des Écritures (Hobbes et Spinoza), ensuite l'herméneutique du soupçon (qui comprend la critique marxiste et réaliste notamment) et enfin le déconstructionnisme.

<sup>(44)</sup> Paris, Gallimard, 1966, col. Tel.

<sup>(45)</sup> M. FOUCAULT, *Les mots et les choses*, Gallimard, Paris, 1966, (col. Tel.), p. 376-377.

valeur réelle de connaissance qu'on lui reconnaît ou qu'on lui conteste. Le philosophe l'indique clairement lui-même dans un entretien qu'il accorde aux *Lettres françaises* à l'occasion de la sortie des *Mots et des choses* en 1966 où il déclare :

« (...) j'ai essayé de faire, dans un style évidemment un peu particulier, l'histoire non pas [tant] de la pensée en général que de tout ce qui 'contient de la pensée' dans une culture, de tout ce en quoi il y a de la pensée. Car il y a de la pensée dans la philosophie, mais aussi dans un roman, dans une jurisprudence, dans le droit, même dans un système administratif, dans une prison <sup>(46)</sup> ».

Ce sont bien entendu déjà ici les travaux futurs qui s'annoncent, notamment *Surveiller et punir* <sup>(47)</sup>, mais Foucault aura alors délaissé le terrain de l'épistémologie des sciences pour aborder la question du pouvoir et de sa généalogie. Remarquons cependant que la question du droit surgit précisément dans l'intervalle entre ces deux périodes de son oeuvre et qu'elle occupe une position clé à l'intersection des problématiques du savoir et du pouvoir. Foucault tentera de s'en expliquer dans une série de conférences données à Rio de Janeiro, en mai 1973, sous le titre «La vérité et les formes juridiques» <sup>(48)</sup>. Il y présente le droit comme le lieu par excellence où les pratiques sociales et les stratégies de pouvoir se constituent en discours scientifiques. Le droit marque ainsi le point précis où la généalogie des pouvoirs s'articule à l'archéologie des savoirs.

D'où l'intérêt qu'il y avait pour nous à tester sur le droit les «épistémès» décrites par Foucault au départ d'autres champs de la connaissance. Les résultats de cette transposition se révèlent d'ailleurs concluants. Ainsi, les systèmes de droit naturel et la naissance des ordres juridiques nationaux aux 17<sup>ème</sup> et 18<sup>ème</sup> siècles illustrent parfaitement le modèle de l'ordre, dont Foucault montre le caractère central pour la pensée classique. De même, la quête éperdue de l'origine, qui caractérise les spéculations historiques et génétiques de la science au 19<sup>ème</sup> siècle, trouve dans l'École historique du droit, et même dans l'École de l'exégèse, des applications tout à fait exemplaires. A la différence de Foucault cependant, nous n'avons pas limité l'étude à la période moderne. Cela nous aurait contraints de commencer l'histoire de l'interprétation à l'époque de

<sup>(46)</sup> «Michel FOUCAULT, «Les mots et les choses», entretien avec R. BELLOUR, *Les Lettres françaises*, n. 1125, 31 mars-6 avril 1966, pp. 3-4, repris in *Dits et écrits*, t. I, Paris, Gallimard, 1994, texte 34, pp. 500 et s, spéc. pp. 503-404.

<sup>(47)</sup> Paris, Gallimard, 1975.

<sup>(48)</sup> In M. FOUCAULT, *Dits et écrits*, Paris, Gallimard, 1994, t. II, texte n. 139, pp. 538-645.

son déclin, manquant du même coup les contributions ingénieuses et fécondes des modèles anciens et médiévaux.

Au-delà de Michel Foucault, la construction des modèles d'interprétation et la conception de ce livre ont été nourries par la pensée structurale, en particulier par la fréquentation des œuvres de Georges Dumézil et de Claude Lévy-Strauss. Celles-ci n'ont pas fini de donner à leurs lecteurs, outre beaucoup de plaisir, d'incomparables leçons de rigueur et de méthode. Ces maîtres nous ont enseigné en particulier ce que la formalisation des structures peut apporter à l'étude du sens et des interprétations, ainsi qu'à rechercher, au-delà du projet particulier d'un livre ou d'un auteur, les structures de pensée et les procédures de connaissance qui les dépassent et les rendent possibles. Ils nous ont également appris à prendre les textes et les méthodes d'interprétation au sérieux dans tous leurs aspects, sans se fermer d'avance à leur compréhension par des préjugés philologiques ou positivistes<sup>(49)</sup>. Mentionnons également, dans la même direction et de manière certes non limitative, la sémiotique de C. S. Peirce, certains écrits de Roland Barthes, les travaux de Tzvetan Todorov sur l'interprétation, ainsi que les travaux d'Alfred Dufour sur l'histoire de la pensée juridique. Enfin, l'esprit qui a animé ce travail s'inscrit dans la filiation de l'École de Bruxelles et donc de la pensée de Chaïm Perelman, telle qu'elle se perpétue notamment au sein du Centre de Philosophie du Droit de l'U.L.B..

### 8. - Plan de l'ouvrage.

L'ouvrage s'organise selon une double structure chronologique et systématique. Chacun des chapitres élabore un modèle spécifique d'interprétation. Les chapitres se suivent dans l'ordre d'apparition de ces modèles dans l'histoire des idées et des pratiques juridiques.

La *première partie* remonte aux origines de l'herméneutique occidentale. Le *chapitre 1<sup>er</sup>* expose, sur la base des traités rhétoriques de l'Antiquité, la structure contradictoire de l'interprétation judiciaire dans le *modèle rhétorique* grec et latin. Le *chapitre 2* analyse, sur la base de l'interprétation talmudique, le *modèle biblique* du texte comme ressource inépuisable d'interprétations et fondement obligatoire de tous les raisonnements et solutions juridiques. Les deux

<sup>(49)</sup> Dans le même esprit, G. DAHAN, *L'exégèse chrétienne de la Bible en Occident médiéval*, Paris, Cerf, 1999, p. 62 et note 1.

chapitres suivants étudient la synthèse progressive de ces deux traditions concurrentes. Le *chapitre 3* montre, au départ des traités d'Origène et d'Augustin, l'instrumentalisation de l'outil rhétorique par le *modèle patristique*, au service d'une interprétation chrétienne de la Bible, qui en évacue la portée juridique. Le *chapitre 4* analyse les termes d'un compromis plus équilibré entre l'autorité des textes et la raison dialectique, tel qu'il est proposé par Averroès, Maïmonide et Thomas d'Aquin à l'époque médiévale. Il montre comment le *modèle scolastique* met au point la procédure de la question disputée, lointain ancêtre de notre procès, qui offre un cadre adéquat à la pratique de l'interprétation conciliante.

Dans la *deuxième partie*, nous dévoilons dans quelles conditions la théorie moderne de l'interprétation a été conçue, en rupture avec l'herméneutique traditionnelle, et comment elle s'est imposée, malgré ses insuffisances, comme la doctrine officielle de l'interprétation. Le *chapitre 5* présente les conséquences de la révolution scientifique sur la pensée juridique moderne. Il définit les bases du *modèle géométrique* fondé sur la mise en ordre et en système des règles de droit et ses conséquences sur l'application des règles, suivant la forme logique du syllogisme judiciaire. Il analyse également, dans ce contexte, la théorie jusnaturaliste de l'interprétation des conventions. Le *chapitre 6* exhibe les fondements critiques et anti-juridiques de la théorie moderne de l'interprétation, tels qu'elle est élaborée par Hobbes et par Spinoza au 17<sup>ème</sup> siècle. Nous rendrons compte de la transformation de cette théorie en doctrine officielle de l'interprétation, dans le cadre du *modèle philologique* au 19<sup>ème</sup> siècle, et de sa mise en œuvre par l'école historique du droit et les commentateurs du Code civil. Nous verrons aussi la résistance que certains tenants de l'herméneutique juridique traditionnelle, comme Delisle, opposent en vain à ce nouveau modèle. Le *chapitre 7* définit les bases épistémologiques des modèles sociologique et économique, qui prennent, au 20<sup>ème</sup> siècle, le relais des aspirations scientistes de la raison juridique. On étudiera leurs conceptions de l'interprétation et du calcul des solutions justes, d'abord dans le cadre de l'École de la libre recherche scientifique, puis dans celui du mouvement très en vogue de l'analyse économique du droit.

Enfin, la *troisième partie* montre qu'il est possible de dégager, au départ d'un siècle de réflexions convergentes sur le droit, l'interprétation et le langage, un modèle juridique performant, qui renoue

avec le génie propre à la raison juridique, tout en intégrant les enseignements de son histoire et de sa pratique. Le *chapitre 8* dévoile les enjeux juridiques du triple tournant linguistique, pragmatique et interprétatif de la pensée contemporaine. Il montre comment le problème du sens et de la validité des énoncés juridiques influence, de manière déterminante, la réflexion sur le langage et la communication et débouche, en droit, sur le *modèle normativiste*, proposé notamment par Kelsen et Hart. Le *chapitre 9* développe et défend un *modèle pragmatique* de l'interprétation juridique. Il définit, à la suite de C. S. Peirce, les éléments constitutifs d'une théorie pragmatique de l'interprétation. Il dresse la topique contemporaine de l'interprétation juridique. Il montre enfin comment le débat engagé sur l'interprétation juridique, notamment autour de Gadamer, Habermas, Dworkin et Derrida, permet de dépasser la séparation de l'autorité et de la raison, dans une synthèse qui ajoute à la nature herméneutique du raisonnement judiciaire, la dimension critique de la rationalité moderne.

Chaque modèle fait l'objet d'une *synthèse* dans le cadre du chapitre qui lui est consacré. Les *conclusions* de l'ouvrage seront présentées à l'issue de chacune des trois parties qui le composent.